

VU Research Portal

Onderwijsrecht in het geding : een pleidooi voor een profijtelijke wisselwerking tussen rechter en wetgever

Laemers, M.

2012

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Laemers, M. (2012). *Onderwijsrecht in het geding : een pleidooi voor een profijtelijke wisselwerking tussen rechter en wetgever*. Wolf Legal Publishers (WLP).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

RB

04319

Onderwijs- recht in het geding

*Een pleidooi voor een profijtelijke wisselwerking
tussen rechter en wetgever*

Miek Laemers

Onderwijsrecht in het geding

Onderwijsrecht in het geding

*Een pleidooi voor een profijtelijke wisselwerking
tussen rechter en wetgever*

Rede

*Uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van
bijzonder hoogleraar Onderwijsrecht
aan de Vrije Universiteit Amsterdam
op donderdag 30 juni 2011*

door

Miek Laemers





Onderwijsrecht in het geding

Een pleidooi voor een profijtelijke wisselwerking tussen rechter en wetgever

M.T.A.B. Laemers

ISBN 978-90-5850-824-9

© M.T.A.B. Laemers / WLP 2012

Dit boek is een uitgave van:

Wolf Legal Publishers (WLP)

postbus 31051

6503 CB Nijmegen

tel: 013-5821366

e-mail: info@wolfpublishers.nl

www.wolfpublishers.com

vormgeving: sjaakvandervooren.nl

Alle rechten voorbehouden. Behoudens de door de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geauto-matiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. De bij toepassing van artikel 16B en 17 Auteurswet 1912 wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopiëren, dienen te worden voldaan aan de Stichting Reprorecht. Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van artikel 16 Auteurswet 1912 dient men zich tevoren tot de uitgever te wenden. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden.

Inhoud

1	Inleiding	7
2	Onderwijsrecht in rechtsgedingen	11
3	Rechtspleging in onderwijszaken	13
3.1	<i>Plan van aanpak</i>	13
3.2	<i>Geschilbeslechtingsdelta</i>	14
3.3	<i>Niet-rechterlijke instanties</i>	15
3.4	<i>Rechterlijke geschilbeslechting</i>	17
4	Rechtsvinding in onderwijszaken	21
4.1	<i>Rechtsvindingonderzoek</i>	21
4.2	<i>De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State</i>	22
5	Benutting van uitspraken	27
5.1	<i>Selectie van zaken</i>	27
5.2	<i>Constitutionele toetsing</i>	29
5.3	<i>Toenemend belang van rechtspraak</i>	31
5.4	<i>Officiële adviestrajecten en inbreng van onderwijsjuristen</i>	33
5.5	<i>Onderwijsrecht in het curriculum van juridische faculteiten</i>	35
6	Afronding	37
	Dankwoord	39

1 Inleiding

Mijnheer de Rector Magnificus,
dames en heren,

Tijdens de colleges onderwijsrecht die ik het afgelopen studiejaar mocht geven stelde ik studenten regelmatig de vraag welke onderwijsrechtelijke actualiteiten zij in de voorbije week in de media hadden aangetroffen. Dat leverde berichten op over de opheffing van het Islamitisch College in Amsterdam¹ en de wens van ouders om hun kinderen thuisonderwijs te gaan geven, een oplossing die niet zonder meer past in ons onderwijsjuridisch systeem.² Ook het besluit van minister Van Bijsterveldt om haar beleid niet langer te richten op bestrijding van segregatie, maar in te zetten op de kwaliteit van het onderwijs werdesignaleerd.³ Vermeldenswaardig was ook het bericht dat de Grote Kamer van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) uitspraak had gedaan in de zaak die mevrouw Lautsi, moeder van een leerling, tegen Italië had aangespannen.⁴ Die zaak ging over de klacht van mevrouw Lautsi over de aanwezigheid van een crucifix in het klaslokaal van de openbare middelbare school van haar kind. Op 27 september 2006 wendde verzoekster zich, mede namens haar kinderen, tot het EHRM. Zij voerde aan dat het tonen van een kruisbeeld

-
- 1 Zie onder meer: Het Parool, Moslimjeugd wil overgaan op thuisonderwijs, 4 februari 2011; de Telegraaf, Moslims eisen thuisonderwijs, 5 februari 2011; Trouw, Welke school accepteert ons kind?, Ouders Islamitisch College willen thuisonderwijs, nu school sluiten moet; Asscher is er fel op tegen, 11 februari 2011; NRC Handelsblad, Asscher: 'geen thuisonderwijs voor moslims', 11 februari 2011; de Volkskrant, Angst voor kinderen die religieus zijn; Islamitische ouders boos en onverzoenlijk tegenover onderwijswethouder Asscher, 12 februari 2011; Nederlands Dagblad, Wethouder Asscher wijst 'thuisonderwijs' af, 14 februari 2011.
 - 2 De minister heeft in antwoord op vragen van enkele Kamerleden inzake de wens van bijna 100 ouders na de zomer over te gaan op islamitisch thuisonderwijs, gezegd dat thuisonderwijs geen manier is om de leerplicht te vervullen, maar als ouders zijn vrijgesteld van de leerplicht, kan thuisonderwijs worden gevolgd. Zij kondigde aan zich te gaan beraden op de vrijstellingsgrond van artikel 5, onder a Leerplichtwet (Brief van de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, d.d. 23 maart 2011 met de antwoorden op vragen van de Kamerleden Van Klaveren, Beertema en Wilders (pvv)).
 - 3 Zie onder meer: de Volkskrant, Kabinet accepteert zwarte scholen, 7 februari 2011; Reformatorisch Dagblad, Kritiek op omslag zwartescholenbeleid, 8 februari 2011; Nederlands Dagblad, Breuk in aanpak 'zwarte' scholen, 8 februari 2011; Trouw, Segregatie hoort ook de zorg te zijn van de minister van onderwijs, 9 februari 2011.
 - 4 Zie onder meer: NRC Handelsblad, Kruis blijft toch verplicht in school, 19 maart 2011; Trouw, Crucifix in openbare school mag, vindt Hof; Beroepskamer mensenrechtenhof doet bindende uitspraak, 19 maart 2011.

in de openbare school van haar kinderen in strijd is met haar recht, zoals vastgelegd in artikel 2 Eerste Protocol bij het EVRM (EP). In het tweede lid van dat artikel staat dat de Staat het recht van ouders om zich van die opvoeding en van dat onderwijs te verzekeren, die overeenstemmen met hun eigen godsdienstige en filosofische overtuigingen, eerbiedigt. Daarnaast acht zij het ophangen van de kruisbeelden in strijd met haar recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst, zoals gegarandeerd in artikel 9 EVRM.

Het Hof in Straatsburg oordeelde in eerste instantie dat Italië de vrijheid van onderwijs en de vrijheid van godsdienst schond door een kruisbeeld in de klas voor te schrijven.⁵ In beroep oordeelde de Grote Kamer van het Hof echter dat Italië zelf mag bepalen of het kruisbeelden in de klassen verplicht stelt en dat er 'geen bewijs' is voor de opvatting van mevrouw Lautsi dat kruisbeelden in de klas een seculiere opvoeding in de weg staan. Bovendien hebben landen die het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens hebben ondertekend 'beleidsruimte' in het bepalen van de rol van religieuze symbolen in het onderwijs, aldus het Hof.⁶ Uiteindelijk honoreerde het Hof de klacht van de moeder dus niet.

Elk van deze kwesties heeft betrekking op een van de drie taken die de overheid ten aanzien van onderwijs uitoefent: wetgeving, bestuur en rechtspraak. Alle voorbeelden raken op een of andere manier aan de essentie van het onderwijsrecht: de vrijheid van onderwijs van artikel 23 van de Grondwet of – in het laatste voorbeeld – aan het 'recht op onderwijs', zoals dat in internationale verdragen is gewaarborgd.⁷ Dat 'recht op onderwijs' gaat in een aantal opzichten verder dan artikel 23 van de Grondwet, alleen al omdat de positie van ouders en leerlingen er expliciet in is vervat.

De voorbeelden laten zien dat het onderwijsrecht springlevend is. Vandaag wil ik een bijdrage leveren aan de verdere ontwikkeling van dit rechtsgebied door te betogen dat – optimaler dan thans gebeurt – ge-

5 EHRM 3 november 2009, Tweede sectie no. 30814/06 (Lautsi v. Italië).

6 EHRM 18 maart 2011, Grote Kamer no. 30814/06 (Lautsi v. Italië). Het Hof kent de staat een 'margin of appreciation' toe bij het aanbieden van onderwijs dat in evenwicht is met de verplichting om het recht van ouders op onderwijs volgens de eigen overtuigingen te respecteren. Daarbij beperkt het Hof zich ertoe te oordelen of de staat niet de grens van indoctrinatie overschrijdt.

7 Het recht op onderwijs staat niet als zodanig in artikel 23 Grondwet, wel staat het expliciet in artikel 2 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (art.2 EP), artikel 14 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, artikel 13 van het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele rechten en in artikel 28 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind.

bruik gemaakt kan worden van de 'verdiensten' van de rechtspraak in onderwijszaken. Ik wil laten zien hoe onderwijs tot zijn recht komt binnen de veelheid van geschilbeslechtende instanties, hoe de rechter in onderwijszaken het recht vindt, en hoe de wetgever zou kunnen leren van onderwijsrechtelijke uitspraken.⁸

Het bestaande versnipperde rechtssysteem kan leiden tot uiteenlopende jurisprudentie. Dat roept vragen op naar de wenselijkheid van onderscheiden rechtsgangen voor openbaar en bijzonder onderwijs, onderwijsrechtelijke specialisatie en constitutionele toetsing.

Algemene leerstukken die de rechtsvindende of rechtsvormende taak van de rechter betreffen zijn ook voor de onderwijsrechter relevant. Omdat de rechter niet op de stoel van de wetgever mag gaan zitten zal de rechter die moet oordelen over een onderwijsrechtelijk geschil behoedzaam zijn. Soms moet de rechter autonoom een oplossing geven voor een onderwijsrechtelijke kwestie omdat de wetgever nu eenmaal niet alle situaties heeft kunnen voorzien. Wetgever, bestuur en rechter geven vorm en inhoud aan onderwijsgrondrechten, elk vanuit hun onafhankelijke positie ten opzichte van elkaar, precies zoals de trias politica, de leer van de machtscheiding, dat vereist. Toch wil ik de stelling poneren dat er ruimte is om 'de bruikbaarheid' van onderwijsrechtspraak voor de wetgever te vergroten. Jurisprudentie als empirische rechtsbron dus.⁹ De rechter moet in zijn uitspraken duidelijk maken hoe de wet werkt en zeker moet hij zijn bevindingen verduidelijken als hij constateert dat wetgeving tekortschiet of niet deugt. Het legaliteitsbeginsel, dat eist dat de rechter zich niet bemoeit met de inhoud of redelijkheid van de wet en dat hij rechtspreekt binnen de grenzen van de wet, verbiedt niet dat een ongewenste uitkomst in een concreet geval zichtbaar wordt gemaakt. Integendeel: juist omdat de rechter de wet niet terzijde laat (tenzij er sprake is van strijd met internationale verdragsbepalingen), kan hij onvolkomenheden aan het licht brengen. De wetgever kan een dergelijk signaal vervolgens ter harte nemen. Deze wisselwerking is vooral belangrijk in die gevallen waar het resultaat van toepassing van wetgeving niet is wat 'we zouden moeten', bijvoorbeeld op grond van internationale verplichtin-

8 Ik dank Tonny van de Pasch voor het becommentariëren van een eerdere versie van deze oratie.

9 Zie voor een uitgebreide behandeling van de rechtsstatelijke uitgangspunten bij het beschouwen van jurisprudentie als rechtsbron: A.R. Neerhof, *Het geschil voorbij; een studie naar de bruikbaarheid van bestuursrechtelijke jurisprudentie als kenbron van recht*, Deventer: Kluwer 1995. Mutatis mutandis zijn de aan de machtscheiding ontleende en in de (Grond)wet tot uitdrukking gebrachte beginselen (bijvoorbeeld in de Wet algemene bepalingen) ook naar voren te brengen bij de beoogde uitwisseling tussen rechter en wetgever.

gen, of niet is wat 'we willen', bijvoorbeeld omdat het leidt tot maatschappelijk ongewenste situaties.¹⁰

¹⁰ Een voorbeeld van mogelijke strijd met internationale verplichtingen betreft het hanteren van de enkelefeitconstructie van de Algemene wet gelijke behandeling (art. 5, lid 2 en art. 7, lid 2 Awgb).

2 Onderwijsrecht in rechtsgedingen

Ik gaf mijn rede de titel 'Onderwijsrecht in het geding' mee. Deze titel behoeft enige toelichting omdat hij voor meerdere uitleg vatbaar is. In de eerste plaats is er onder te verstaan: onderwijsrecht zoals dat naar voren komt in rechtsgedingen. In de tweede plaats: onderwijsrecht als voorwerp van kritiek en bespreking buiten de rechtszaal, omdat concrete resultaten van rechtspraak soms leiden tot discussie over noodzakelijke verandering of vernieuwing ofwel van rechtspraak zelf, ofwel van onderliggende wetgeving. De kritiek van sommige politici op artikel 23 van de Grondwet en de pogingen om de onderwijsvrijheid op een andere wijze in te vullen, zijn daar een pregnant voorbeeld van.¹¹

Ik zal beginnen met de eerste betekenis, het onderwijsrecht in rechtsgedingen, ofwel: hoe manifesteert de onderwijsregelgeving zich in handen van de rechter? In de loop van mijn betoog zal ik een verbinding leggen met de tweede betekenis door aan te geven dat een wisselwerking tussen rechtspraak en wetgeving op onderwijsterrein wenselijk en nodig is.

In mijn zoektocht naar mogelijkheden voor zo'n wisselwerking vond ik tot mijn vreugde onlangs steun bij collega Gerards, die – sprekend over een dialoog tussen rechter en wetgever – haar visie aldus formuleerde: 'De rechter interpreteert de wet in een concreet geval en toetst deze eventueel op verenigbaarheid met internationale verdragsbepalingen; daarbij kan de wet buiten toepassing blijven als deze niet voldoet. De wetgever kan daar vervolgens weer aanleiding in zien om de wet aan te passen,

¹¹ Zie recent een interview met Boris van der Ham (Tweede Kamerlid D66), 'Onderwijsvrijheid gaat te ver', waarin hij stelt artikel 23 Grondwet te willen wijzigen: 'Je kunt vanuit liberaal oogpunt zeggen: het is heel goed dat ouders hun eigen scholen kunnen stichten. Maar ik vind het niet acceptabel dat het religieuze onderwijs een soort status aparte heeft en een beroep op de grondwet doet om mensen of bepaalde kennis te kunnen weigeren.' 'Er is ook te weinig ruimte voor vernieuwing. Nog maar veertig of vijftig procent van de mensen noemt zichzelf religieus. Maar zeventig procent gaat naar een religieuze school. Een rare onevenwichtigheid. Veel van die scholen zouden liever een soort openbaar bijzondere school willen zijn, omdat ze niets meer met het geloof doen. Er zijn ook ouders die een school willen oprichten met een bepaald onderwijsprofiel of een liberale school. Dat vind ik mooi. Maar dat wordt allemaal tegengewerkt. De overheid bepaalt dat religies en een paar lesmethodes als richting mogen en verder niks.' (www.depers.nl op 20 juni 2011). Van der Ham wil de bekostiging van het bijzonder onderwijs op godsdienstige grondslag voortaan beperken tot het basisonderwijs. Hij vindt het onjuist dat de grondwetsinterpretatie is opgerekt tot het middelbaar en zelfs het hoger onderwijs.

waarna deze desnoods opnieuw aan de rechter kan worden voorgelegd.¹² Dat is een mooi uitgangspunt, juist omdat er bij de internationale verdragen nog wel wat te halen valt wanneer het om 'het recht op onderwijs' gaat.

¹² J.H. Gerards, Legaliteit en de wisselwerking tussen wetgever en rechter, NJBlog 30 mei 2011. Daarin bouwt de auteur voort op haar standpunt in 'Wisselwerking tussen rechter en wetgever – naar een betere dialoog?', in: De Lange (red.), *Wetgever en grondrechten*, Nijmegen: WLP 2008, p. 161-199.

3 Rechtspleging in onderwijszaken¹³

3.1 Plan van aanpak

De politiek maakt onderwijswetten, het bestuur maakt onderwijsbeleid en rechters spreken recht in onderwijszaken. Elk van de drie overheids-machten heeft haar aandeel in de realisering van onderwijsvrijheid en gelijkheid voor ieder in het onderwijs. Ik richt mij op de rechtspraak en op haar betekenis voor de invulling van deze grondrechten. Er zijn inmiddels redelijk veel publicaties die een goed beeld geven van de jurisprudentie over onderwijsgrondrechten.¹⁴ Nu ik heb gekozen voor het perspectief van rechtspleging, zal ik eerst schetsen welke geschilbehandelaars betrokken kunnen zijn bij onderwijszaken. Hoewel ze alle in meer of mindere mate een bijdrage zouden kunnen leveren aan onderwijswetgeving die 'practice based' is, richt ik mij daarna geheel op de rechterlijke instanties die belast zijn met onderwijszaken en vooral op de hoogste rechters.

Om wisselwerking tussen rechter en wetgever te realiseren is niet alleen nodig dat rechters duidelijk aangeven hoe zij de feiten vaststellen, maar vooral dat zij hun uitspraken voorzien van een degelijke motivering. Ik ga daarom in op methoden van rechtsvinding en illustreer deze met enkele voorbeelden van rechtsvinding en rechtsvorming door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Vervolgens belicht ik de beperkingen die vanwege de machtenscheiding gelden voor het onderlinge verkeer tussen rechter en wetgever. Daarna komen bestaande adviesrelaties aan de orde en plaats ik 'klassieke' wetgevingsadvisering vanuit de rechtspraak naast de door mij gewenste terugkoppeling vanuit de rechtspraak naar de wetgever via wetenschappelijke beoefening van het onderwijsrecht. Ik rond af met enkele suggesties voor de inrichting van de bepleite wisselwerking tussen rechter en wetgever.

¹³ Deze rede verschijnt pas enige maanden na het uitspreken in druk. Ter wille van de actualiteit heb ik op enkele plaatsen literatuur van na de datum van uitspreken van de rede opgenomen.

¹⁴ Zie bijvoorbeeld: D. Mentink en B.P. Vermeulen, *Artikel 23 Grondwet; De basis van het Nederlandse onderwijsrecht*, Den Haag: Sdu 2011; J. Sperling, *Moet jij niet naar school? Een onderzoek naar de juridische aspecten van thuisonderwijs vanuit Nederlands en rechtsvergelijkend perspectief*, diss. Rotterdam: Erasmus Universiteit 2010; P.J.J. Zoontjens, *Het beweeglijke recht op onderwijs; Op zoek naar ankerpunten in een permanente ontwikkeling*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003 en Miek Laemers, *Schoolkeuzevrijheid, Veranderingen in betekenis en reikwijdte*, Beek/Ubbbergen: Tandem Felix 1999.

3.2 *Geschilbeslechtigingsdelta*

Mijn vertrekpunt is rechtspleging in onderwijszaken. Rechtspleging omvat het hele arsenaal van conflictbeslechting, waarvan beslechting van geschillen door de rechter slechts een klein onderdeel vormt. Rechterlijke conflictoplossing wordt wel voorgesteld als de top van een piramide, die als basis een verzameling grieven of problemen heeft.¹⁵ Anderen nemen afstand van het idee van de piramide omdat die metafoor juist teveel de nadruk legt op de rechterlijke geschilbeslechting. Zij zien een voortdurende toestroom van problemen die na het moment van ontstaan een eigen weg zoeken naar een oplossing. Daarbij vertakt de stroom zich steeds verder: betrokkenen ondernemen wel of geen actie, ze wenden zich wel of niet tot deskundigen voor advies, ze beproeven wel of niet een schikking en ze beginnen wel of niet een gerechtelijke procedure. De veelheid van stromen en stroompjes brengt deze auteurs ertoe te spreken van een geschilbeslechtigingsdelta.¹⁶ Ook bij problemen in het onderwijs zien we zo'n delta, zowel bij ouders, leerlingen en studenten, als bij leraren en schoolbesturen. Wanneer ouders problemen ervaren op de school van hun kind kunnen ze besluiten om maar niets te doen, of de oplossing te zoeken in het kiezen van een andere school. Wanneer ze besluiten om lucht te geven aan hun ongenoegen kunnen ze gaan praten met de leraar op school, met de directeur of met het bestuur, ze dienen een klacht in of proberen hun gelijk te halen via de medezeggenschapsraad. In het algemeen zijn de niet-rechterlijke oplossingen in de delta goed: het blijkt heel functioneel om zo dicht mogelijk bij de ontstaansbron en met inschakeling van gerichte expertise, conflicten op te lossen.¹⁷ Slechts in een enkel geval wordt de stap naar de rechter gezet en komt het tot een gerechtelijke procedure.

15 R.E. Miller & A. Sarat, 'Grievances, Claims, and Disputes: Assessing the Adversary Culture', *Law and Society Review*, vol. 15, no. 3-4, 1981.

16 B.C.J. van Velthoven en M.J. ter Voert, *Geschilbeslechtigingsdelta 2003, Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, WODC-reeks Onderzoek en beleid nr. 219, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2004.

17 Partijen moeten wel goed geïnformeerd zijn over het instrumentarium van ingeschakelde deskundigen of commissies en over de mogelijkheden en beperkingen daarvan voor conflictoplossing. Vgl. R. van Schoonhoven, *Een geschil is geen ruzie*, Utrecht: Stichting Onderwijsgeschillen 2010.

3.3 *Niet-rechterlijke instanties*

Een groot deel van de geschillen in het onderwijs wordt buiten de rechter om opgelost, bijvoorbeeld in de fase van bezwaar of administratief beroep, door commissies of klachtinstanties. Het bijzonder onderwijs heeft eigen geschilprocedures ontwikkeld om de invloed van de 'gewone' rechter ter zake van interne (soms identiteitsgebonden) kwesties te beperken of uit te sluiten. Daartoe zijn eigen Commissies van Beroep, afzonderlijk voor het primair onderwijs en het voortgezet onderwijs, in het leven geroepen. Deze zogenoemde kringenrechtspraak is in 1905 ingesteld.¹⁸ De wet verplicht ieder schoolbestuur zich aan te sluiten bij een Commissie van Beroep en zich te onderwerpen aan het oordeel van die commissie in de voorgelegde arbeidsrechtelijke kwestie.¹⁹ Kringenrechtspraak staat echter ter discussie, omdat gebleken is dat er weinig echt identiteitsgebonden geschillen zijn tussen leraren en hun schoolbestuur. Daar komt bij dat de Hoge Raad in 1996 oordeelde dat de beslissing van de beroepscommissie geen bindend advies is, tenzij partijen dit ondubbelzinnig zijn overeengekomen.²⁰ Dat betekent dat, indien een ontslagen leerkracht in het bijzonder onderwijs zich tot de rechter wendt nadat de Commissie van Beroep hem in het ongelijk heeft gesteld, de rechter het geschil nog eens in volle omvang kan gaan bekijken. Het is niet denkbeeldig dat de rechter tot een ander oordeel komt dan de commissie.²¹

Een groot deel van deze beroepscommissies is ondergebracht bij de landelijke Stichting Onderwijsgeschillen. Deze stichting herbergt nog allerlei andere geschilinstanties, de bekendste daarvan is de Landelijke Commissie Geschillen Wet medezeggenschap scholen (LCG wms). De niet-rechterlijke interventie door deze landelijke commissie kan gevolgd

¹⁸ B.J. van der Net, *Kringenrechtspraak voor leerkrachten bij het bijzonder onderwijs*, Zwolle: Tjeenk Willink 1991; W.J.J. Beurskens, *Sociaal recht en het bijzonder onderwijs*, Deventer: Kluwer 1991; T. van der Ploeg, Blijft de kringenrechtspraak?, in: T. van der Ploeg (red.), *De vrijheid van onderwijs, de ontwikkeling van een bijzonder grondrecht*, Utrecht: Lemma 2000, p. 335-353.

¹⁹ Te denken valt aan schorsing, ontslag, niet verlenging van aanstelling en disciplinaire maatregelen. Thans bevat artikel 60 van de Wet op het primair onderwijs (WPO) de bekostigingsvoorwaarde voor het bevoegd gezag van bijzondere scholen om aangesloten te zijn bij een Commissie van Beroep.

²⁰ Hoge Raad 31 mei 1996, NJ 1996, 693

²¹ F.H.J.G. Brekelmans, J. Sperling, L.C.J. Sprengers en W.G.A.M. Veugelers, *De rechtsbescherming van werknemers in het bijzonder onderwijs: De toekomst van de Commissies van Beroep*, 12 februari 2012. Zie www.onderwijsgeschillen.nl. Belangrijkste conclusies: het verdient de voorkeur om de Commissies van Beroep te handhaven; er kleefte een aantal bezwaren aan de huidige procedure bij de Commissies van Beroep die verbetering vergen, vooral wat de status van de uitspraken betreft en de omvang van de bevoegdheden van de Commissie van Beroep; voor die verbeteringen zijn de wetgever en sociale partners aan zet.

worden door rechterlijke tussenkomst. Als er sprake is van een interpretatiegeschil kan hoger beroep worden ingesteld bij de Ondernemingskamer van het hof in Amsterdam.²²

Veel onderwijskwesties vinden een bevredigende afdoening binnen de niet-rechterlijke instanties, maar soms zien we dat een beroep gedaan wordt op overheidsrechtspraak. Met die wetenschap zullen niet-rechters misschien wel geneigd zijn zich te oriënteren op wat de overheidsrechter zou doen, maar soms lopen die zaken toch niet helemaal parallel. Een voorbeeld kan dit illustreren. De Commissie Gelijke Behandeling is bij uitstek geroepen om gelijkheid voor leerlingen en leraren te waarborgen.²³ Omdat deze commissie niet de enige instantie is waartoe rechtzoekenden zich kunnen wenden, kan het gebeuren dat zij niet op één lijn zit met de andere instantie. Recent hadden we het voorbeeld van een katholieke school voor voortgezet onderwijs in Volendam die niet toestond dat meisjes op school hoofddoeken dragen. De Commissie Gelijke Behandeling oordeelde dat de school een hoofddoek niet mag verbieden omdat dit discriminatie oplevert.²⁴ De school stapte vervolgens naar de rechter en voerde aan dat de leerlinge welkom is op school zolang zij de katholieke grondslag respecteert. Dit impliceert dat (ouders en) leerlingen zich onthouden van gedragingen waarbij afstand wordt genomen van de statutaire doelstelling van de onderwijsinstelling. De kantonrechter in Haarlem oordeelde anders dan de Commissie Gelijke Behandeling: een school mag een moslimscholiere vragen haar hoofddoek af te doen in het kader van het respecteren van de grondslag van de school. De rechter achtte een beroep op de katholieke grondslag een goede motivering en gaf de school daarin gelijk. Met inperking van de vrijheid van meningsuiting of met discriminatie op basis van geloof heeft het hoofddoekverbod volgens de rechter niets van doen.²⁵ De uitspraak is niet alleen tegengesteld aan die van de Commissie Gelijke Behandeling, maar ontbeert he-

22 Het aantal beroepen waarover de Ondernemingskamer heeft beslist in medezeggenschapszaken in het onderwijs is vooralsnog gering: het beperkt zich tot twee beschikkingen in 2010. Zie: Landelijke Commissie voor Geschillen WMS, Jaarverslag 2010, Utrecht: Onderwijsgeschillen 2011.

23 Een groot deel van de oordelen van de CGB heeft betrekking op ongelijke behandeling in het onderwijs.

24 CGB oordeel 7 januari 2011. De commissie oordeelde dat de school jegens [x] verboden onderscheid op grond van godsdienst heeft gemaakt. Daarbij overwoog de commissie onder meer dat de school in het algemeen en in het bijzonder jegens [x], niet kenbaar heeft gemaakt dat het hoofddoekverbod verband houdt met haar grondslag. Integendeel, de school heeft naar het oordeel van de commissie in haar communicatie over het hoofddoekverbod juist de suggestie gewekt dat het hoofddoekverbod niet in verband staat met de katholieke identiteit van de school.

25 Rb. Haarlem 4 april 2011, LJN: BQ0063.

laas ook een deugdelijke motivering.²⁶

3.4 Rechterlijke geschilbeslechting

De 'lagere rechters' in onderwijszaken zijn in alle sectoren van de rechtbank te vinden: kanton, civiel, straf en bestuur, afhankelijk van de ahangige kwestie en van de vraag of het om bijzonder of om openbaar onderwijs gaat. Hoger beroep in civiele en strafzaken wordt ingesteld bij de gerechtshoven. Bestuursrechtelijke geschillen worden in hoogste instantie voorgelegd aan een van de drie bestuursrechtelijke instanties: de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep of het College van Beroep voor het Hoger onderwijs. De Hoge Raad oordeelt in hoogste instantie over onderwijszaken naar burgerlijk recht en strafrecht. Buiten Nederland wordt in onderwijszaken vooral recht gesproken door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg en het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in Luxemburg.²⁷ Overigens maakt de nationale rechter bij zijn oordeelsvorming ook gebruik van het Europese en het internationale recht. Vaak gaat het immers om bindende rechtsnormen, die in Nederland gelding hebben gekregen door de artikelen 93 en 94 Grondwet.²⁸

Al met al schets ik u een landschap vol met rechterlijke geschiloplossers. De vraag dringt zich op of dat een probleem is voor het onderwijs. Gezien de complexiteit van het geheel en de mogelijke onduidelijkheid voor rechtzoekenden zou deze vraag snel met 'ja' beantwoord kunnen worden. Enige nuancering is echter op zijn plaats. Elk van de zojuist genoemde

26 Vervolgens oordeelde in hoger beroep het Hof Amsterdam op 6 september 2011, zaaknummer 200.086.954/01 SKG. Het Hof heeft zijn uitspraak weliswaar uitvoerig gemotiveerd, maar de uitkomst is gelijk: de katholieke Don Bosco school in Volendam mag leerlingen het dragen van een hoofddoek op school verbieden.

27 Dit hof komt in beeld wanneer het gaat om juridische geschillen terzake van rechten (van kinderen) van EU-onderdanen, zoals het recht op toegang tot onderwijs, op verblijf, op studiefinanciering en het recht op verrichten van arbeid door studenten tijdens hun studie. De van toepassing zijnde EU-richtlijnen vallen goeddeels buiten het bestek van mijn rede.

28 E. Mak, staatsrechtconferentie 2010: 'Voortdurend weegt de rechter af in hoeverre hij toepassing kan geven aan het internationale en Europese recht zonder in de bevoegdheid van de wetgever te treden. Indien de rechter de schending van een direct toepasselijke verdragsnorm constateert, laat hij het soms aan de wetgever om maatregelen te treffen ter opheffing van die schending. Bij de uitleg van nationaal recht in het licht van verdragsnormen is conforme interpretatie een veelgebruikt instrument.' Zie ook J. Fleuren, 'The application of public international law by Dutch courts', *Netherlands International Law Review* 2010, p. 245-266.

instanties bestrijkt een eigen stuk van het onderwijsveld: de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State behandelt zaken rond bekostiging, schoolstichting en leerlingenvervoer, de Centrale Raad van Beroep behandelt ambtenarenzaken en studiefinanciering²⁹ en het College van Beroep voor het Hoger onderwijs treedt vooral op in zaken die studenten aanspannen en die toelating en beoordeling van studieprestaties betreffen.³⁰ Bestaat er tussen deze hoogste rechters onderlinge communicatie wanneer het gaat om onderwijsrechtspraak of bedient ieder vanuit zijn specialisatie zijn eigen rechtsgebied en is er sprake van een zekere verkokering?³¹ Zou rechtspraak in onderwijszaken niet meer gediend zijn met concentratie van geschilbeslechting binnen één gerecht door het bijeenbrengen van de onderscheiden competenties? Nader onderzoek is nodig naar het antwoord op deze vraag, maar wel is duidelijk dat voor het onderwijsrecht deze vraag zich voor een groot deel voegt in de al jaren lopende discussie over de verdeling van rechtsmacht over de verschillende hoogste bestuursrechtelijke colleges.

Kwesties waarin rechters onderwijswetten en algemene voor het onderwijsterrein relevante wetten, zoals de Algemene wet bestuursrecht, het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafrecht en de Ambtenarenwet toepassen, worden op veel uiteenlopende plaatsen in het geding gebracht. De versnippering van competenties is voor een deel terug te voeren op de verzuiling, die ons onderwijsbestel kenmerkt. Er is echter een ontwikkeling gaande die de verschillen tussen openbaar en bijzonder onderwijs kleiner maakt: ik noem de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren, die ertoe moet leiden dat leraren in het openbaar onderwijs de-

29 In 2010 is door de CRVB uitspraak gedaan in een breed scala van hogerberoepszaken met betrekking tot besluiten die zijn gebaseerd op de Wet studiefinanciering 2000 (wsf) en de Wet tegemoetkoming onderwijsbijdragen en schoolkosten (wtos). Op www.rechtspraak.nl staan enkele belangrijke uitspraken. Deze betreffen veelal 'technische' kwesties zoals met betrekking tot de aanvraag, toeslag eenoudergezin, uitwonendenbeurs en adressencontrole.

30 Het CBHO is een rechterlijke instantie voor studenten in het hoger onderwijs (hogescholen en universiteiten). Het college wordt gevormd door tien rechters die ondersteund worden door een bureau. Een student kan in beroep gaan als hij het niet eens is met een beslissing van een orgaan van een instelling voor hoger onderwijs. Het college doet daarover een einduitspraak (www.cbho.nl).

31 Verkokering wordt versterkt wanneer tussen de hoogste rechters onderling weinig communicatie over onderwijsrechtspraak bestaat. De CRVB vermeldt in zijn Jaarverslag 2010, p. 4 dat de op rechtseenheid gerichte overlegstructuren met de andere hoogste colleges (de Hoge Raad, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en het College van Beroep voor het bedrijfsleven), in 2010 verder zijn geïntensiveerd. 'De coördinatie tussen de hoogste rechterlijke colleges geschiedt meer en meer proactief en los van een concrete zaak.' Met de zogenoemde 'ketenpartners' (de bestuursorganen die de wetten uitvoeren waarvoor de Centrale Raad van Beroep rechtsmacht heeft) vindt jaarlijks overleg plaats.

zelfde arbeidsrechtelijke relatie met hun werkgever krijgen als leraren in het bijzonder onderwijs.³² Een andere ontwikkeling is de verbijzondering van het openbaar onderwijs door privaatrechtelijke bestuursvormen, zoals de stichting, en de tendens om te zoeken naar 'algemene' rechterlijke instanties die in de plaats komen van 'bijzondere' instanties.³³ Deze ontwikkelingen kunnen de overzichtelijkheid en rechtsgelijkheid ten goede komen.

32 Wetsvoorstel Normalisering van de rechtspositie van ambtenaren, Kamerstukken 2010-2011, 32 550, nr. 2.

33 Bijvoorbeeld de afschaffing van het College van beroep voor de studiefinanciering.

4 Rechtsvinding in onderwijszaken

4.1 Rechtsvindingonderzoek

Het is duidelijk dat de veelheid aan geschilbeslechtende instanties op het terrein van het onderwijs vragen oproept die gezien het doel van mijn betoog nader onderzoek verdienen. Welke rechters behandelen welke geschillen en hoe gaan de betrokken rechters te werk? Hoe gaan ze om met onderwijswet- en regelgeving? Welke rechtsvindingmethode hanteleren ze? Bij het zoeken naar een antwoord op deze laatste vraag laat ik me graag inspireren door het onderzoek van Niessen, die belastinguitspraken van de Hoge Raad onderzocht op basis van de huidige stand van zaken in de rechtsvindingleer.³⁴ Niessen schrijft dat wanneer tekst en context van een regel niet eenduidig zijn, de rechter op basis van maatschappelijk relevante data zal moeten streven naar een beslissing die kan bogen op een zo groot mogelijke mate van consensus in de voor het juridische domein normatieve gemeenschap.³⁵ Dit betekent onder meer dat ook niet-juridische argumenten, zoals rechtspolitieke of economische overwegingen, een rol kunnen spelen in de oordeelsvorming van de rechter.³⁶

Aan de hand van een steekproef uit de in de afgelopen vijf jaar gepubliceerde arresten kon Niessen uitspraken doen over de methode van rechtsvinding die de Hoge Raad hanteerde.³⁷ Uit elk jaar nam hij twintig arresten. Sommige waren minder bruikbaar, bijvoorbeeld omdat de beoordeling van de motivering van de lagere rechter de hoofdmoot vormde. Hij turfde voor elk van de arresten een van de volgende scores: 1) geen methode genoemd, 2) grammaticale methode, 3) precedent in de jurisprudentie, 4) uitlegging op basis van wetsgeschiedenis, 5) systematische wetsuitlegging, 6) bedoeling van de wetgever/ratio van de wet, 7) doel en strekking van de wet/fraus legis, 8) redelijke wetstoepassing en 9) overig.

34 R.E.C.M. Niessen, *Rechtsvinding in belastingzaken; Legitimatie en motivering*, Amersfoort: sdu Uitgevers 2009.

35 Niessen (o.c. 2009, p. 26) verwijst voor deze opvatting aangaande de uitlegging van de door de wetgever gegeven norm door de rechter, naar Simon Blackburn, *Filosofie van de waarheid*, Amsterdam: De Bezige Bij 2006, blz. 254.

36 In gelijke zin: Richard A. Posner, *How judges think*, Cambridge/ Massachusetts/ London: Harvard University Press 2008. Posner spreekt van rechters als 'occasional legislators'.

37 Een dergelijke uitspraak is eenvoudig wanneer de Hoge Raad zelf gewag maakt van de gebruikte methode in zijn arrest, maar dat is niet altijd het geval.

Ook voor onderwijszaken zou nader onderzocht moeten worden op welke wijze de hoogste rechterlijke instanties recht vinden. De motivering van uitspraken kan daar inzicht in bieden, althans wanneer de rechter de keuzes die hij maakt uitdrukkelijk verheldert en motiveert. Aan de hand van (een steekproef uit) beslissingen van de hoogste rechterlijke colleges kan opgespoord worden welke rechtsvindingmethode door rechters gehanteerd werden. Voor elk van de geselecteerde uitspraken kan vervolgens vastgesteld worden of er een methode is genoemd, en zo ja, welke: de grammaticale, de historische, de wetssystematische, de rationele, de teleologische dan wel de redelijke wetstoepassing. Wellicht zijn er voor het onderwijsrecht nog andere categorieën toe te voegen aan de lijst die Niessen hanteerde, bijvoorbeeld wanneer toepassing van Europees of internationaal verdragsrecht aan de orde is. Omdat de in verdragen neergelegde normen evenzeer in andere landen gelden, kan de Nederlandse rechter immers al rechtsvergelijkend te rade gaan bij rechters in het buitenland om te zien hoe collega's overeenkomstige zaken aanpakken.

4.2 *De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*

Onderzoek zoals ik zojuist beschreef is nog niet uitgevoerd voor onderwijszaken. Ik heb daarom bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State een eerste verkenning gedaan. De algemene kamer houdt zich (naast gezondheidszorgzaken en subsidies) bezig met onderwijszaken. In 2010 heeft de Afdeling ongeveer 40 onderwijszaken behandeld.³⁸ Sommige daarvan zijn belangrijk uit het oogpunt van rechtsvorming. Ik noem ter illustratie de zaak betreffende de verhuur van een deel van een schoolgebouw door een onderwijsstichting ten behoeve van buitenschoolse opvang door de Limburgse onderwijsstichting Movare.³⁹ De gemeente verleende de daarvoor vereiste toestemming onder voorwaarde dat de stichting aan de gemeente € 100,- per verhuurde vierkante meter zou afdragen. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State besliste dat toestemming voor verhuur van een deel van het schoolgebouw op grond van artikel 108 WPO niet mag worden gekoppeld aan verplichte afdracht van de huursom aan de gemeente.⁴⁰ Voor het verbinden van een

38 De verdeling was als volgt: 7 leerlingenvervoer; 1 Leerplichtwet; 6 huisvesting; 10 WHW; 7 WPO; 7 WVO; 3 WEB.

39 ABRVS 21 oktober 2009, 200901067/1/Hz (Movare).

40 Artikel 108 WPO, lid 1: Voor zover artikel 107 geen toepassing vindt, kan het bevoegd gezag een

financiële voorwaarde aan toestemming voor verhuur bestaat geen wettelijke grondslag. De Afdeling nam aan dat onder voorwaarden een financieel voorschrift in beginsel mogelijk is, nu de Wet op het primair onderwijs zich niet uitdrukkelijk daartegen verzet.⁴¹ Voorwaarde is wel dat de bijdrage ten goede komt aan onderwijshuisvesting en dat de hoogte van het gevraagde bedrag rechtstreeks gerelateerd is aan de extra kosten of derving van inkomsten voor de gemeente. De Afdeling oordeelde het niet aanvaardbaar dat het zonder wettelijke grondslag opgelegde financiële voorschrift feitelijk het karakter kreeg van een belastingheffing of ontneming van door de verhuur genoten voordeel.

Ik acht deze beslissing een mooi voorbeeld van zuiver bestuursrechtelijke rechtsvorming: voor gemeenten is vanaf nu duidelijk dat ze aan toestemming voor de verhuur van onderwijsgebouwen geen oneigenlijke financiële voorwaarden mogen verbinden.

Het wordt al wat 'onderwijsrechtelijker' als we kijken naar een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in een zaak waarin de minister de rijksbijdrage van een hogeschool wijzigde ten nadele van deze instelling en een flink bedrag terugvorderde.⁴² Het draaide allemaal om de uitleg van het bekostigingsstelsel van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek, het inschrijvingsrecht van studenten en het begrip initieel onderwijs. Cursussen vallen volgens de Afdeling niet onder initieel onderwijs en komen dus niet voor bekostiging in aanmerking. Vervolgens neemt de hogeschool het standpunt in dat niet de artikelen 4: 49 en 4:57 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) de grondslag kunnen zijn voor terugvordering, maar wel de Wet hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) als bijzondere wet. Dan laat de Afdeling een fraai staaltje wetshistorische argumentatie zien om te kunnen stellen dat de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht ingevolge artikel 4:21, vierde lid wel degelijk van overeenkomstige toepassing is op de bekostiging van onderwijs en onderzoek. Volgens de Memorie van Toelichting wordt op deze wijze enerzijds recht

gedeelte van een gebouw of terrein in gebruik geven ten behoeve van uit de openbare kas bekostigd onderwijs dan wel voor andere culturele, maatschappelijke of recreatieve doeleinden. Voor zover niet nodig voor uit de openbare kas bekostigd onderwijs, kan het bevoegd gezag een gedeelte van het gebouw of terrein verhuren aan een derde, voor zover het gehuurde niet bestemd zal zijn als woon- of bedrijfsruimte in de zin van de vijfde en zesde afdeling van titel 4 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Indien het een niet door de gemeente in stand gehouden school betreft, is voor verhuur toestemming van burgemeester en wethouders vereist.

⁴¹ ABRVS 21 oktober 2009, 200901067/1/H2 (Movare), r.o. 2.3.1.

⁴² ABRVS 9 juli 2008, 200706179/1 (Van Hall Larenstein).

gedaan aan de bijzondere constitutionele positie van het onderwijs en anderzijds aan de doelstelling van de Awb om de bestuursrechtelijke wetgeving zoveel mogelijk te harmoniseren.⁴³ Titel 4.2 moet ook op de bekostiging van het onderwijs – openbaar en bijzonder – worden toegepast. Voor ‘subsidie’ moet worden gelezen ‘bekostiging’. De subsidietitel heeft aanvullende werking en dat betekent dat, nu zich in casu niet een van de in de Wet hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek genoemde situaties voordoet waarvoor een terugvorderingstermijn van één jaar geldt, de vijfjarentermijn van de Algemene wet bestuursrecht van toepassing is.

Een derde uitspraak van de Afdeling raakt mijns inziens de kern van het onderwijsrecht, omdat er een invulling van onderwijsvrijheid wordt gegeven: de uitspraak in het geding tussen de Stichting islamitische scholen Amsterdam en de minister, beter bekend als de As Siddieq-uitspraak.⁴⁴ De school zag zich geconfronteerd met inhouding van de bekostiging omdat volgens de Onderwijsinspectie sprake was van tekortkomingen in het onderwijsaanbod met betrekking tot bevordering van actief burgerschap en sociale integratie. Met een beroep op de totstandkomingsgeschiedenis van het wetsvoorstel, waarin juist was voorzien in een grote ruimte bij het bepalen van de wijze waarop de integratiedoelstellingen gestalte zouden krijgen – niet ‘het hoe’ maar slechts ‘het dat’ werd geregeld – oordeelde de Afdeling dat niet staande kon worden gehouden dat de stichting op geen enkele wijze gestalte had gegeven aan het bedoelde onderwijs, ook al voldeed de stichting niet aan bepaalde prestatieafspraken. Derhalve was er geen strijd met artikel 8, derde lid, aanhef en onder b van de WPO en was ook de inhouding van de bekostiging niet terecht.

In de laatste twee beslissingen was sprake van wetshistorische interpretatie. Systematisch onderzoek naar de gehanteerde methoden van rechtsvinding kan aan het licht brengen of de wetshistorische of wetssystematische interpretatie de dominante methode is voor deze bestuursrechter. Het gebruiken van een rechtsvindingmethode die teruggrijpt op de bedoeling van de wetgever vereist het voorhanden zijn van heldere bronnen. Het is in veel gevallen een gigantisch karwei om uit diverse parlementaire stukken precies te achterhalen welke doelstelling de wetgever voor ogen had toen hij de wettelijke bepalingen concipieerde. Het lijkt

43 De Afdeling verwijst zowel naar de Memorie van Toelichting (Kamerstukken II 1994-1995, 23983, nr. 3, p. 37) als naar de Nota naar aanleiding van het verslag (Kamerstukken II, 1994-1995, 23700, nr. 5, p. 16).

44 ABRVS 30 maart 2011, LJN: BP9541.

mij nuttig als de wetgever in de afrondende fase van het wetgevingsproces in het dossier ten behoeve van de rechter een heldere samenvatting opneemt van zijn drijfveren.⁴⁵

In het voorbeeld van *As Siddieq* is te zien dat bij het verrichten van onderzoek op het terrein van onderwijsrechtspleging het – naast vragen over rechtsvinding en rechtsvorming – ook gaat om de belangrijke vraag of en in welke mate de rechter uiteindelijk bijdraagt aan het realiseren van onderwijsvrijheid en –gelijkheid: de kern van het onderwijsrecht. Met andere woorden: hoe effectief is een uitspraak in termen van verruiming of beknutting van die onderwijsvrijheid of –gelijkheid? Deze vragen moeten in een volgende stap van het beoogde onderzoek aan bod komen. Een laatste stap moet dan inzicht geven in de relatie tussen de uitkomsten van het rechtsvindingonderzoek (de technische aanpak) en de uitkomsten in materiële zin (effecten voor onderwijsvrijheid en –gelijkheid).

45 Vaak zal het gaan over een wet die relatie heeft met artikel 23 Grondwet, omdat de wet moet passen binnen de ruimte die dit artikel biedt, c.q. de wetgever aanwezig acht in dat artikel. De rechtsvinding in het staatsrecht c.q. de wijze waarop de grondwet hoort te worden uitgelegd, gaat vooraf aan het concipiëren van de wet en het formuleren van de doelstelling daarvan. Over hoe de Grondwet hoort te worden uitgelegd kunnen de meningen uiteenlopen: de tekst en de bedoeling van de grondwetgever moeten daarbij leidend zijn en pas als deze geen duidelijkheid verschaffen, horen andere interpretatiemethoden te worden benut versus een uitleg aan de hand van rechtsstatelijke beginselen en politiek-bestuurlijke ontwikkelingen. Zie: J.J.J. Sillen, Naschrift: Rechtsvinding en Staatsrecht, *NJB* 2011, p. 2213.



5 Benutting van uitspraken

5.1 Selectie van zaken

Bij het selecteren van de uitspraken die aan nader onderzoek worden onderworpen is het van belang onderscheid te maken tussen situaties waarin rechters oog in oog staan met de kern van het onderwijsrecht: de onderwijsvrijheid en het gelijkheidsbeginsel, zoals neergelegd in internationale verdragen, de Grondwet en de (onderwijs)wetten enerzijds, en situaties die de periferie van het onderwijsrecht betreffen, zoals zuiver arbeidsrechtelijke, niet identiteitsgebonden, conflicten tussen leerkrachten en het schoolbestuur anderzijds.⁴⁶ Tot de kern van het onderwijsrecht behoren uitspraken rond schoolstichting, vooral wanneer het gaat om de bepaling van het begrip richting, alsmede uitspraken rond (gelijke) toegang tot onderwijs en rond leerlingenvervoer.⁴⁷ Ook in uitspraken over actuele kwesties als leeftijddiscriminatie in het onderwijs, loting en collegegeldverhoging wordt zichtbaar of en in welke mate de rechter onderwijsvrijheid en –gelijkheid realiseert.⁴⁸ De rechter geeft bij het toepassen van de wet daar onvermijdelijk een bepaalde interpretatie van. In het rapport van vier hoogleraren onderwijsrecht wordt duidelijk hoe de rechter in de loop van de tijd het begrip ‘richting’ als element van onderwijsvrijheid heeft geïnterpreteerd.⁴⁹ Er is sprake van een duidelijke lijn in de jurisprudentie, die zichtbaar gemaakt is door analyse van een reeks uitspraken. Met dit type wetenschappelijk onderzoek kan de wetgever evenzeer zijn voordeel doen als met het hiervoor aangekondigde onderzoek.

46 Hierop zijn veelal arbeidsrechtelijke bepalingen uit het BW van toepassing als het gaat om leerkrachten in het bijzonder onderwijs en bepalingen uit de Ambtenarenwet, ambtenarenreglementen en de Awb als het leerkrachten in het openbaar onderwijs betreft. In situaties waarin de grondslag van de bijzondere onderwijsinstelling een rol speelt in het arbeidsconflict, gaat het juist niet om perifere zaken.

47 Het onlangs gepubliceerde rapport over de mogelijkheden en consequenties van een moderne interpretatie van de vrijheid van richting bij de stichting van bijzondere scholen bevat een analyse van de jurisprudentie rond het begrip richting. Zie: P.W.A. Huisman, M.T.A.B. Laemers, D. Mentink en P.J.J. Zoontjens, *Vrijheid van stichting*, Rotterdam/Amsterdam/Schoonhoven/Tilburg 14 juni 2011. Te raadplegen op www.rijksoverheid.nl als Bijlage bij Kamerbrief 20 juni 2011.

48 Te denken valt aan uitspraken van het College van Beroep voor het Hoger Onderwijs inzake verplichting tot betaling van instellingscollegegeld (www.CBHO.nl).

49 Zie noot 47.

Ik keer terug naar de kern van het onderwerp dat ik vandaag onder uw aandacht wil brengen en dat ik korthedshalve aanduid als de optimale benutting door de wetgever van uitspraken in onderwijszaken. De achterliggende gedachte is dat de rechter die over een belangrijke onderwijszaak moet oordelen in een kwalitatief goede uitspraak een signaal kan afgeven waar de wetgever zijn voordeel mee kan doen. Hier past overigens meteen de relativerende opmerking dat lang niet alle zaken zich lenen voor een dergelijke extensieve behandeling. Die is alleen aan de orde wanneer er of evident iets mis is met een wettelijke bepaling, of wanneer de rechter is toegekomen aan een geconsolideerde visie op een in verschillende varianten terugkerend probleem. Zolang dat niet het geval is zal de rechter terughoudend zijn met het geven van algemene oordelen. Het is ook niet aan de rechter om politieke uitspraken te doen, maar hij kan in een voorkomend geval wel meer doen dan bijvoorbeeld enkel vaststellen dat een wettelijke bepaling in strijd is met een verdragsrechtelijke bepaling en deze met gebruikmaking van artikel 94 Grondwet simpelweg buiten toepassing laten.⁵⁰ De wetgever, mits alert op wat er in de rechtszaal gebeurt, zal in een democratische procedure deze jurisprudentie in zijn belangenafweging kunnen betrekken.⁵¹ Dat geldt temeer in gevallen dat een constante rechterlijke lijn te bespeuren valt, hetgeen niet altijd van meet af aan het geval is. Een bekend voorbeeld vormen de uitspraken over artikel 8, lid 2 Leerplichtwet 1969 (Lpw), dat bepaalt dat de verklaring, inhoudend dat tegen de richting van het onderwijs op alle binnen redelijke afstand van de woning gelegen scholen overwegende bedenkingen bestaan, niet geldig is indien de jongere in het jaar voorafgaande aan die verklaring geplaatst is geweest op een school van de richting waartegen bedenkingen worden geuit. De kantonrechter liet dit artikellid in enkele uitspraken overeenkomstig artikel 94 Grondwet buiten toepassing wegens strijd met artikel 9 EVRM en artikel 2 van het Eerste Protocol bij

50 Artikel 94 Grondwet luidt: 'Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.' Een interpretatie door het Europees Hof van de Rechten van de Mens van artikel 2, Eerste Protocol EVRM is, ook als daarmee artikel 23 Grondwet wordt gepasseerd, op grond van artikel 46 van het EVRM en artikel 94 Grondwet direct bindend voor de Nederlandse rechter.

51 De vrees geuit door P.G.C. van Schie, directeur van de prof. mr. B.M. Teldersstichting (www.sociale-vraagstukken.nl; 17 oktober 2011), dat democratisch gekozen parlementen zich door rechters de wet zullen laten voorschrijven lijkt mij ongegrond. Het parlement zal steeds zorgvuldig moeten beoordelen of rechterlijke uitspraken nopen tot aanpassing van wetten of verdragen.

het EVRM.⁵² Recent deed het hof een tegenovergestelde uitspraak.⁵³ Niet veel later oordeelde de Hoge Raad in lijn met de uitspraak van het hof en lijkt het pleit voorlopig beslecht ten nadele van ouders wier levensbeschouwing niet aansluit bij de richting van de scholen binnen redelijke afstand.⁵⁴

5.2 Constitutionele toetsing

Op deze plaats wil ik kort het zijpad inslaan naar constitutionele toetsing, want wanneer constitutionele toetsing wordt ingevoerd zal de betekenis van jurisprudentie als kenbron voor de wetgever mijns inziens alleen maar toenemen. In het Nederlandse staatsrecht bestaat de mogelijkheid om gewone wetten aan de Grondwet te toetsen (nog) niet.⁵⁵ Volgens artikel 120 van de Grondwet is dat zelfs uitdrukkelijk verboden. Dat betekent dat de rechter de wet moet toepassen ook al is hij van mening dat deze strijdig is met de Grondwet. Zowel voor onderwijsvrijheid als voor het recht op gelijke behandeling is echter moeilijk te verdedigen dat de opvatting van een democratische meerderheid altijd de enig juiste opvatting is. Pluriformiteit van de samenleving kan leiden tot debatten over botsende belangen en soms zelfs botsende grondrechten. Individuen en minderheden kunnen dan bescherming vinden in constitutionele toetsing. Dat gebeurt ook in andere landen, in Duitsland door het Bundesverfassungsgericht of in België door het Grondwettelijk hof.⁵⁶

52 Rb. Zwolle 15 december 2006, LJN AZ4581. In deze uitspraak beantwoordde de kantonrechter de vraag of de beperking van artikel 8 lid 2 Lpw onder artikel 9 lid 2 EVRM valt, ontkennend. Vermeldenswaard is de verwijzing van de rechter naar de Raad van State, die zich destijds in zijn advies naar aanleiding van het ontwerp van wet (i.c. art. 8 lid 2 Lpw) hardop had afgevraagd of het niet te ver ging om iemand die zijn oordeel omtrent de geschiktheid van een bepaalde richting van een school serieus heeft gewijzigd, de aanspraak op vrijstelling te doen verliezen.

53 Hof Arnhem 27 januari 2011, LJN BP2472. Het hof vond het niet meer in aanmerking komen voor vrijstelling na eerdere inschrijving op een school niet disproportioneel of onredelijk, terwijl het voorts een legitiem doel nastreeft, te weten het verzekeren van het recht op onderwijs. Daarbij merkte het hof op dat hij onder meer de uitspraken van het EHRM in de zaken Folgerø van 29 juni 2007 en Konrad van 11 september 2006 in zijn overwegingen had betrokken.

54 HR 15 februari 2011, LJN: BM6898 (over holistisch onderwijs en huisonderwijs). Het is aan groeperingen die vinden dat deze uitspraak leidt tot maatschappelijk ongewenste gevolgen om eventueel actie te ondernemen. Voor de wetgever vormt deze jurisprudentie m.i. geen reden om verandering van wetgeving te overwegen.

55 Wel is in 1953 in de Grondwet de verplichting voor de rechter opgenomen om wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten als deze niet verenigbaar zijn met de, een ieder verbindende, bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties (oorspronkelijk artikel 65, nu artikel 94 Gw).

56 Tot twee jaar geleden het Hof van Arbitrage genoemd.

Een initiatiefwetsvoorstel van Halsema⁵⁷, toenmalig fractievoorzitter van GroenLinks, om constitutionele toetsing in Nederland in te voeren is in eerste lezing in 2004 aangenomen door de Tweede Kamer⁵⁸ en in 2008 door de Eerste Kamer.⁵⁹ Het wachten is nu op de tweede lezing. De achtergrond van het voorstel om te komen tot constitutionele toetsing wordt in de Memorie van Toelichting onder meer als volgt geschetst:

‘Als dominante meerderheden snel wisselen en minder vanzelfsprekend worden is het eens te meer van belang dat democratische minderheden en individuen zich beschermd weten. Zeker als het gaat om onvervreembare individuele grondrechten zoals het recht op gelijke behandeling, op de vrijheid van meningsuiting, van godsdienst en van pers, valt dan moeilijk te verdedigen dat de wetgever, die meestal uitdrukking geeft aan de opvatting van de democratische meerderheid, altijd het enige en het laatste woord heeft. Pluriformiteit van de samenleving leidt onherroepelijk ook tot debatten over botsende belangen, en soms zelfs botsende grondrechten. Zeker als in aanmerking wordt genomen dat de mondigheid van de burger ten opzichte van de overheid de laatste decennia fors is toegenomen. Meer burgers kiezen de weg naar de rechter om bescherming van hun belangen af te dwingen. Door constitutionele toetsing wordt een publiek forum geschapen om deze noodzakelijke debatten op respectvolle en vreedzame wijze te kunnen voeren. Onze culturele basisstructuur

57 Zie Kamerstukken II, 2001-2002, 28331, nr. 3. De Memorie van Toelichting bij het Voorstel van wet van het lid Halsema houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot invoering van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet door de rechter.

58 Er werd een amendement ingediend dat tot doel had, naast artikel 23, tweede, derde, vijfde, zesde en zevende lid, ook constitutionele toetsing aan artikel 23, vierde lid, van de Grondwet mogelijk te maken. (Kamerstukken II, 2003-2004, 28331, nr. 13). Artikel 23, vierde lid, van de Grondwet beoogt een waarborg te bieden voor een voldoende aantal openbare basisscholen in elke gemeente. Dit artikellid is volgens indiener Duyvendak (GL) voldoende specifiek om toetsing mogelijk te maken en brengt tevens mee dat het evenwicht met artikel 23, tweede lid, van de Grondwet in stand blijft. Het amendement werd niet aangenomen (Handelingen 2004-2005, nr. 10-472). Ook de Hoge Raad en de Raad van State waren geen voorstander van toetsing aan deze laatste bepaling. (Handelingen Tweede Kamer 9 september 2004, 97-6245).

59 De eerste lezing is afgerond met de wet van 25 februari 2009 (Stb. 120). Artikel 120 wordt als volgt gewijzigd: A Voor de tekst van artikel 120 Gw wordt de aanduiding «1.» geplaatst. B Er wordt een lid toegevoegd, luidende: 2. Wetten vinden evenwel geen toepassing indien deze toepassing niet verenigbaar is met de artikelen 1, 2, derde en vierde lid, 3 tot en met 9, 10, eerste lid, 11 tot en met 17, 18, eerste lid, 19, derde lid, 23, tweede, derde, vijfde, zesde en zevende lid, 54, 56, 99, 113, derde lid, 114, 121 en 129, eerste lid. Grondwetswijziging is pas mogelijk als het parlement een voorstel in tweede lezing, na Tweede Kamerverkiezingen, met tweederde meerderheid goedkeurt. De fracties van CDA, VVD en SGP stemden eerder in de Senaat tegen het voorstel van Halsema. In de in mei 2011 aangetreden Eerste Kamer hebben deze partijen 28 van de 75 zetels, iets meer dan een derde. Realisering van het voorstel komt daarmee wat meer binnen bereik dan voorheen.

in de vorm van grondwet, rechtsbeginselen en wetten, kan dan op een open manier worden geconfronteerd met nieuwe waarden en opvattingen, voordat de wetgever dwingend optreedt en de uitkomst van die debatten in nieuwe wetgeving dicteert'.⁶⁰

Onderwijsorganisaties die onderwijsvrijheid bedreigd zien door de regelzucht van de wetgever hebben grote verwachtingen van de invoering van constitutionele toetsing.

De afgelopen jaren zijn onderwijsinstellingen geconfronteerd met regelgeving waarvan sommige organisaties betwijfelen of die in overeenstemming is met artikel 23 van de Grondwet. De Besturenraad, een grote protestants-christelijke organisatie voor schoolbesturen, stelde zich de vraag naar verenigbaarheid van wetgeving met artikel 23 Grondwet bij de invoering van de Wet goed onderwijs en goed bestuur, die op 1 augustus 2010 voor het primair en voortgezet onderwijs van kracht is geworden.⁶¹ Deze wet biedt de overheid de mogelijkheid om minimumleerresultaten te eisen. Als een school hier niet aan voldoet heeft de minister van OCW – in het uiterste geval – de bevoegdheid om de overheidsbekostiging te beëindigen.⁶²

5.3 Toenemend belang van rechtspraak

De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) stelt dat het belang van het werk van de rechter toeneemt.⁶³ De toenemende invloed van Europese regelgeving en het feit dat het steeds moeilijker wordt om maatschappelijke situaties via gedetailleerde wetten te reguleren doen het belang van rechtspraak toenemen. Rechtspraak heeft volgens de WRR een aanvullende taak gekregen: rechters leveren een eigen bijdrage aan de rechtsvorming en de rechtsontwikkeling. De WRR had hierbij overigens niet direct op het oog om de rechtspraak een rol toe te bedelen in het wetgevingsproces. Dat is gezien de machtscheiding ook bezwaarlijk.

Wetgeving komt tot stand binnen een politiek gremium, na verplicht

⁶⁰ Kamerstukken II, 2001–2002, 28 331, nr. 3, p.3.

⁶¹ Wet van 4 februari 2010, Stb. 2010, 80.

⁶² De mogelijke strijd met artikel 23 Grondwet staat los van de door sommigen geconstateerde schade die de nadruk op het maximaliseren van prestaties kan opleveren voor kinderen. Zie bijvoorbeeld het interview met M. Volman, hoogleraar onderwijskunde UvA, Nadruk op kernvakken schaadt het kind, de Volkskrant 18 juni 2011.

⁶³ Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, 2002.

advies van de Raad van State en vaak na raadpleging van andere adviseurs.⁶⁴ Rechters moeten vervolgens in volledige onafhankelijkheid de uitvoering van de wet toetsen. Het toepassen van regels op concrete kwesties in de alledaagse praktijk levert informatie op die door de wetgever benut kan worden. De totstandkoming van artikel 7:42a WHW over gedragingen van de student in relatie tot toekomstige beroepsuitoefening, kan dat illustreren. Het eerste lid van dit artikel regelt dat het instellingsbestuur in bijzondere gevallen na advies van de examencommissie, de decaan of een met de decaan vergelijkbaar orgaan binnen de instelling en na zorgvuldige afweging van de betrokken belangen, de inschrijving van een student voor een opleiding kan beëindigen dan wel weigeren, als die student door zijn gedragingen of uitlatingen blijkt heeft gegeven van ongeschiktheid voor de uitoefening van een of meer beroepen waartoe de door hem gevolgde opleiding hem opleidt, dan wel voor de praktische voorbereiding op de beroepsuitoefening. Dit artikel is in de wet gekomen na een uitspraak van het College van Beroep voor het Hoger Onderwijs.⁶⁵ In de toelichting bij het wetsvoorstel wordt het voorbeeld gegeven van de geneeskundestudent tegen wie tuchtrechtelijke sancties zouden worden opgelegd, indien het tuchtrecht op hem van toepassing zou zijn geweest en een pedofiele student aan een pedagogische opleiding. In de uitspraak van het CBHO ging het over een pedofiele student die – eerst aan de Radboud Universiteit Nijmegen en later aan de Universiteit Leiden – geweigerd werd bij de opleiding pedagogiek.⁶⁶ Het instellingsbestuur heeft sinds 1 september 2010 het wettelijk geregelde recht om (na zorgvuldige afweging) de inschrijving te beëindigen van een student die door gedrag of door uitlatingen ongeschikt is voor de uitoefening van het

64 Relatief nieuw is de internetconsultatie (www.internetconsultatie.nl). Burgers kunnen reageren op nieuwe voorstellen voor wet- en regelgeving. Hun reactie kan aanpassing van de wettelijke regeling tot gevolg hebben en kan aldus bijdragen aan verbetering van die regeling. Op het Wetsvoorstel Passend onderwijs is door enkele onderwijsjuristen gebruik gemaakt van deze mogelijkheid.

65 CBHO 20 juni 2008/008, AB 2008, 325, m.nt. P.J.J. Zoontjens.

66 In de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel (Kamerstukken II, 2008-2009, 31821, nr. 3, p. 25) is de directer verwijzing naar de uitspraak te lezen: 'Recent heeft de rechter zich over deze kwestie uitgesproken (College van beroep voor het hoger onderwijs; CBHO nr. 2008/008, 20 juni 2008) en geoordeeld dat een student onder bijzondere omstandigheden om dringende redenen kan worden geweigerd. Omdat de WHW het toelatingsrecht van studenten regelt (mits voldaan aan de in of bij het gestelde eisen) en omdat het om een ingrijpende bevoegdheid van een instelling gaat, is het van belang de bevoegdheid van de instelling om een student uit te schrijven respectievelijk inschrijving te weigeren op ondubbelzinnige wijze te regelen. Zie over deze kwestie uitvoerig: J. Groen en P. Zoontjens, *Selectie in het hoger onderwijs*, in: P.W.A. Huisman en P.J.J. Zoontjens (red.), *Selectie bij toegang tot het onderwijs*, Deventer: Kluwer 2009, p. 272-274.

beroep, het zogenoemde *judicium abeundi* ('raad om te vertrekken'). De wetgever heeft aldus gereageerd op een signaal vanuit de rechtspraak dat bij dit soort kwesties een expliciete juridische grondslag om over te gaan tot verwijdering of weigering van een student, gemist werd.

Ook worden in de Tweede Kamer wel vragen gesteld naar aanleiding van een rechterlijke uitspraak. Dat gebeurde bijvoorbeeld toen de rechter in Den Haag de sanctieregeling die studenten uit Iran uitsluit van enkele masteropleidingen en locaties, waaronder de kerninstallaties in Petten en Borssele, als onrechtmatig had beoordeeld.⁶⁷ In haar antwoord op desbetreffende vragen stelde de minister van OCW dat het vonnis van de rechtbank werking heeft tussen de partijen in de zaak en dat dit betekent dat de onderwijsregeling nog onverkort geldt, behalve voor de drie eisers in de zaak. Wel achtte zij de regeling 'kwetsbaar voor vergelijkbare oordelen van andere rechters', reden waarom het kabinet 'momenteel beziet welke vervolgstappen genomen moeten worden in respons op het arrest van de rechtbank Den Haag'. Nadat het vonnis van de rechtbank in deze zaak was gewezen is de Sanctieregeling Iran 2007 gewijzigd, maar niet zodanig dat daarmee ook het rechterlijk oordeel in hoger beroep in goedkeurende zin wijzigde.⁶⁸

5.4 *Officiële adviestrajecten en inbreng van onderwijsjuristen*

Hiervoor sprak ik over de mogelijkheid dat rechters in hun uitspraken via hun motivering een duidelijke handreiking kunnen bieden aan de wetgever wanneer daar aanleiding voor is. Een belangrijke weg waarlangs rechterlijke kennis doorgeleid kan worden naar de wetgever is

het officiële adviestraject.⁶⁹ Daarin kunnen rechters van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State hun ervaringen met wetge-

67 Tweede Kamer, vergaderjaar 2009–2010, Aanhangsel van de Handelingen 24 maart 2010 betreffende de uitspraak van Rechtbank 's-Gravenhage, 2 februari 2010, LJN: BL1862.

68 In hoger beroep onderschreef het hof het oordeel van de rechtbank dat de Sanctieregeling behoort te worden getoetst aan het non-discriminatiebeginsel en dat het (ook in de inmiddels gewijzigde vorm) daarmee in strijd is nu het niet geschikt is om het nagestreefte doel te bereiken en daarmee ook disproportioneel (Hof 's-Gravenhage 26 april 2011, LJN: BQ4781).

69 Zie over directe bemoeienis van rechters met wetgeving o.a.: L. de Groot-van Leeuwen, *Rechters tussen staat en straat*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005. Hoewel de adviezen zich uitstrekken over alle terreinen van het recht, legt zij het accent op rechterlijke bemoeienis met wetgeving en beleid betreffende rechtspleging in de voorbereidende fase (ex ante). In mijn rede gaat het om de uitwisseling tussen rechter en wetgever c.q. signalering door de rechter aangaande bestaande onderwijsregelgeving (ex post).

ving doorgeven via de Afdeling advisering. Ook de adviserende taak van de Hoge Raad behoort tot dit officiële traject. De Raad voor de rechtspraak geeft advies in wetgevingszaken die de rechterlijke macht betreffen en kan daartoe informatie vergaren bij de rechterlijke instanties.

Het is zinvol dat rechters via deze adviserende organen hun kennis kunnen delen met de wetgever. De combinatie van juridische kennis en kennis van de praktijk bij rechters biedt een welkome versteviging van de basis voor wetgeving. Juridische kennis is immers niet altijd in ruime mate voorhanden in de Tweede Kamer.⁷⁰ In het verleden is juist dit gegeven gebruikt als argument om te pleiten voor advisering door de Hoge Raad bij het concipiëren van wetsvoorstellen. Net zoals dit geringe aantal in het verleden gehanteerd is als argument om te pleiten voor ex ante advisering door de Hoge Raad, kan het nu als argument gelden om rechters toe te staan tekortschieten van wetgeving te signaleren.⁷¹

Wat betreft de ruime kennis van de praktijk bij rechters, zou ik de voorzitter van de Algemene Rekenkamer, mevrouw mr. S. Stuiveling, willen aanhalen, die het tijdens de rechtspraaklezing in 2009 zo formuleerde: 'rechters u zit op goud'.⁷²

Gezien de begrijpelijke terughoudendheid van rechters en hun organisatie om zich, ondanks hun soms grote ervaringskennis, te mengen in het maatschappelijke debat en in het debat over wetgeving, moeten ook andere dan de gebruikelijke wegen gezocht worden om hun ervaringskennis te benutten. Betrokkenheid van de wetenschap ligt voor de hand. Onderwijsjuristen kunnen met onderzoek en advies bijdragen aan het leggen van de verbinding tussen rechtspraak en wetgeving. Een Centrum voor Onderwijsrecht, waarvoor de fundamenteën thans gelegd worden, kan daarin een intermediaire rol vervullen. De belangrijkste knelpunten op onderwijsrechtelijk terrein moeten geïnventariseerd worden en beschikbaar komen voor de wetgever. Dat betekent niet dat het altijd de wetgever is die voor een oplossing van deze knelpunten moet zorgen. Soms zijn organisatorische aanpassingen van de rechtspraak zelf de op-

70 Volgens de Naamlijst van de leden zaten er op 13 april 2011 in de Tweede Kamer 24 juristen. Aan de hand van de vermelding 'mr.' is de volgende verdeling gescand: 7 VVD, 4 CDA, 4 PVV, 1 CU, 1 SGF, 1 PvdD, 1 GL, 1 D66, 2 PvdA, 2 SP. (www.TweedeKamer.nl/images/Ledenlijst_13_april_2011_118-80196.pdf).

71 Zie voor argumenten die pleiten voor inschakeling van de Hoge Raad bij het wetgevingsproces o.a. S.K. Martens, *De Hoge Raad als adviseur*, in Anonymus (red.), *De Hoge Raad der Nederlanden 1838-1988, een portret*, Zwolle: Tjeenk Willink 1988, p. 141-175; P. Eijlander, *De verbindende wetgever, over de verhouding tussen staat, markt en samenleving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 22.

72 S. Stuiveling, *Transparantie en Rechtspraak: kennis delen met de samenleving*, Rechtspraaklezing 2009, serie Rechtstreeks van de Raad voor de rechtspraak, Den Haag: Sdu uitgevers 2010.

lossing voor gesignaleerde onderwijsrechtelijke problemen. De inschakeling van speciale spijbelrechters is daarvan een voorbeeld.⁷³ Spijbelzaken werden vóór de instelling van deze speciale rechters als leerplichtzaak behandeld, op reguliere zittingen van de kantonrechter. Tijdens zo'n reguliere zitting is er geen bijzondere aandacht voor de achtergrond van het kind of voor de omstandigheden die aanleiding gaven tot spijbelgedrag. Door de inzet van spijbelrechters wordt intensief samengewerkt door het Openbaar Ministerie, de advocatuur, de Raad voor de Kinderbescherming, de leerplichtambtenaar en het Bureau Jeugdzorg. Mogelijk lenen andere problemen zich voor een vergelijkbare aanpak.⁷⁴

5.5 *Onderwijsrecht in het curriculum van juridische faculteiten*

Eerder gaf ik twee interpretaties van de titel van mijn rede: onderwijsrecht in rechtsgedingen en uitspraken in onderwijszaken als voorwerp van bespreking en kritiek en – in voorkomende gevallen – als signaal naar de wetgever. Ik wil tot slot iets zeggen over een derde betekenis die de titel wellicht bij u heeft gesuggereerd en die ik wil vertalen in de vraag: 'is het onderwijsrecht als vak binnen het curriculum van juridische faculteiten in Nederland in het geding?'

Onderwijs in onderwijsrecht is mogelijk door drie bijzondere stichtingen die het vak een warm hart toedragen en het wordt sinds enige tijd financieel gesteund door het ministerie van OCW. Structurele bekostiging via de faculteiten ontbreekt. Dit is naar mijn overtuiging geen reden om de betekenis van het onderwijsrecht in het geding te brengen. Integendeel: ik hoop dat ik u heb laten zien dat de aanwezigheid van juridisch generalisten met grondige kennis van het onderwijsrecht noodzakelijk is om inhoud te geven aan onderwijsvrijheid en –gelijkheid. De internationalisering op het terrein van het hoger onderwijs, maar ook het aanscherpen van prestatienormen – op basis van internationale vergelijkingen – zal veel onderwijsrechtelijke vragen oproepen, vragen die wellicht ook in rechtsgedingen zullen worden beantwoord.

73 Stuivering gebruikte dit voorbeeld tijdens de in de vorige noot genoemde lezing; o.c. 2010, p. 22.

74 Te denken is aan de situatie dat een leerling geschorst of verwijderd wordt wegens strafbare gedragingen. In een zogenoemde combi-zitting kunnen straf- en civiele zaken van jeugdigen gecombineerd worden teneinde een integrale behandeling van de zaken mogelijk te maken. Zie hiervoor: R. Baas en M. Laemers, *'Combi-zitting': meer recht doen aan jeugdigen*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009.

6 Afronding

In mijn oratie heb ik vanuit mijn onderzoekservaring op het terrein van rechtspleging en op het terrein van onderwijsrecht geprobeerd een brug te slaan tussen die twee rechtsgebieden.

Maatschappelijke ontwikkelingen brengen het groeiend belang van het vak aan het licht: dagelijks is er onderwijsrechtelijk nieuws in de media (zoals over de waarde van diploma's in het hoger beroepsonderwijs, collegegeldverhoging en inspectieoordelen over zeer zwakke scholen). Het onderwijsrecht 'institutionaliseert' in toenemende mate: steeds meer advocaten en rechtsbijstandverleners ruimen plaats in voor een specialisatie onderwijsrecht. De oprichting van de Vereniging voor advocaten en rechtsbijstandverleners in het onderwijs (VARO) getuigt daarvan. De wetgever worstelt zichtbaar met onderwijsrechtelijke vraagstukken in het licht van artikel 23 Grondwet. Mogelijk worstelen rechters ook met de materie, hetgeen soms zichtbaar wordt in hun uitspraken. Van specialisatie door rechters is nauwelijks sprake en onderwijsrecht wordt in veel rechterlijke instanties toegepast, variërend van kantonrechters tot – in hoogste instantie – Hoge Raad, Raad van State, Centrale Raad van Beroep en College van Beroep voor het Hoger onderwijs. De Raad voor de rechtspraak heeft specialisatie hoog op de agenda staan. Of specialisatie in het onderwijsrecht binnen de rechterlijke macht kans van slagen heeft, hangt voor een groot deel af van rechterlijk ondernemerschap op dit terrein.⁷⁵ Nader onderzoek naar argumenten om onderwijsrechtspraak te concentreren is wenselijk. Mocht blijken dat centralisatie/specialisatie loont, dan kan het proces ondersteund worden door een Centrum voor Onderwijsrecht. Centralisatie vindt op niet-rechterlijk niveau al enkele jaren plaats, namelijk bij de Stichting Onderwijsgeschillen in Utrecht.⁷⁶

75 Zie A.Böcker, T. Havinga, A. Jettinghoff, C. Klaassen en L. Bakker, *Specialisatie loont?! Ervaringen van grote ondernemingen met specialistische rechtspraakvoorzieningen*, Research Memoranda, nummer 1/2010, jrg. 6, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2010. Vgl. ook de ontwikkeling van de Ondernemingskamer, die door mr. H. Willems duidelijk geprofileerd is en de IE-Kamer in Den Haag, die hard werkt aan de eigen ontwikkeling.

76 Zo is per 1 januari 2008 een commissie ingesteld die haar werkzaamheden uitstrekt over het hele primair en voortgezet onderwijs. Deze commissie neemt kennis van de geschillen zoals omschreven in artikel 30 en volgende van de Wet medezeggenschap op scholen (instemmingsgeschillen, reglementsgeschillen, statutusgeschillen, adviesgeschillen en interpretatiegeschillen) en wordt afgekort als: LCG WMS.

Voorwaarde voor de bepleite wisselwerking tussen rechter en wetgever is een goed functionerende rechtspraak met ter zake kundige rechters. Onderwijsjuristen kunnen daarbij een intermediaire functie vervullen, bijvoorbeeld door het annoteren van uitspraken en door het voorzien in de behoefte aan verspreiding van kennis van het onderwijsrecht door publicaties.

‘Judges are Not Law Professors’, zo luidt de titel van een hoofdstuk in Posners boek *How Judges Think*.⁷⁷ Rechtsgeleerde professoren hebben, zo stelt hij, beter instrumentarium dan rechters om vragen te onderzoeken die fundamenteel zijn voor het juridisch proces, zoals de uitwisseling tussen regels en standaarden of tussen strikte en vrije interpretatie. Ze hebben echter minder goede communicatie met en minder inzicht in de rechtspraak dan rechters. Rechters en hoogleraren zullen op dit vlak moeten samenwerken om stappen voorwaarts te maken. Ik meld me – voor wat het onderwijsrecht betreft – daar graag voor aan.

77 Richard A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge, Massachusetts/London, England: Harvard University Press 2008, p. 204.

Dankwoord

Mijnheer de Rector Magnificus, dames en heren,

Vijfentwintig jaar geleden heb ik kennis gemaakt met het onderwijsrecht. Ervaringen als schoolbestuurder, als moeder van schoolgaande, en later studerende, kinderen en als sociaal wetenschappelijk onderzoeker op het terrein van onderwijs hebben ervoor gezorgd dat onderwijsrecht mijn vak werd. Dat ik onderwijsrecht kan verbinden met mijn andere werkterrein, het Onderzoeksprogramma Rechtspleging aan de Radboud universiteit in Nijmegen, stemt me dankbaar.

Hooggeachte leden van het bestuur van de Stichting Bijzondere Leerstoelen Onderwijsrecht, zeer gewaardeerde Cora en hooggeachte leden van het Curatorium,

Dankzij u sta ik hier. Ik wil niets liever dan het vertrouwen dat u in mij stelt rechtvaardigen.

Mijn dank geldt ook het College van Bestuur van de Vrije Universiteit en allen binnen de Vrije Universiteit die het mogelijk hebben gemaakt dat ik nu deel uitmaak van uw universitaire gemeenschap.

Collega's van de juridische faculteit in Amsterdam,

Het is jammer dat een mens niet op twee plaatsen tegelijk kan zijn. Zo veel inspirerende bijeenkomsten en waardevolle contacten aan de VU moet ik missen. Ik ben onder de indruk van de gedrevenheid en vriendelijkheid van mijn Amsterdamse collega's en ik prijs me gelukkig dat ik in dit opzicht van twee walletjes mag eten, want er zijn immers ook nog de

Collega's in Nijmegen,

Nijmegen is mijn thuisbasis en vertrekpunt. Ashley, Leny en Reyer, met het noemen van jullie namen sluit ik alle collega's van de Thomas van Aquinostraat 8 in. Het bestuur van de Nijmeegse faculteit ben ik erkentelijk dat het heeft ingestemd met mijn detachering aan de VU.

Hoogleraren in het onderwijsrecht,

We zijn inmiddels een hechte club: Pieter Huisman, Dick Mentink, Ben Vermeulen, Paul Zoontjens, Jan de Groof en ik. Het gemeenschappelijk streven naar uitbouw en verdieping van het onderwijsjuridisch métier

smeedt onze vriendschapsband.

Ben, jou noem ik ook nog even apart. Ik mag op de plek staan waar jij jarenlang hebt gestaan. Mij is al vaak gevraagd of het niet moeilijk is om in de voetsporen van zo'n voortreffelijk jurist en docent te treden. Ja, dat is heel moeilijk, maar ik weet nu ook dat het een voorrecht is dat ik – om met Isaac Newton te spreken – op de schouders van een reus mag staan. Toen ik nog op het strand speelde met zandkorrels, heb ik de grote oceaan van de onderwijsjuridische waarheid mede dankzij jou een beetje leren ontdekken.

Beste studenten,

U kiest voor een vak dat zich verheugt in een groeiende belangstelling, een belangstelling die voortkomt uit het besef dat het voorziet in een onmisbare specialisatie van juristen of die nu in de politiek, het bestuur of de rechtspraak dan wel in de advocatuur of onderwijsorganisaties werkzaam zullen zijn. De studenten die dit studiejaar mijn colleges bezochten koester ik als mijn eerste echte inspiratiebronnen. Ik zie ernaar uit om de volgende club studenten in mijn colleges te kunnen begroeten.

Lieve ouders en lieve zussen,

Onze ouders hadden vandaag hier graag bij willen zijn en we hebben tot voor kort gehoopt dat het zou kunnen. Net als bij mijn promotie dacht papa na over een bijdrage aan mijn oratie. De uitspraak die hij met ons wil delen vandaag, luidt als volgt: 'De beste investering die ouders kunnen doen, is investeren in het onderwijs van hun kinderen.'

Lieve Simone, Jasper en Dirk,

Jullie hebben al veel geleerd, maar ik vind het fantastisch om te zien dat jullie steeds blijven leren en wie weet, vandaag een beetje van mij, in de ongebruikelijke gedaante van 'orakel'. Ik ben trots op jullie en ik verheug me er altijd op om met jullie samen te zijn.

Frans,

De liefste wordt vaak als laatste bedankt. In mijn geval komt dat omdat het moeilijk is woorden te vinden die duidelijk maken wat ik allemaal aan jou te danken heb.

Ik heb gezegd.

In haar rede belicht Laemers het onderwijsrecht vanuit het perspectief van de rechtspleging: hoe gaan rechters om met geschillen op onderwijsterrein en met welk resultaat?

Doordat het onderwijsrecht een rechtsgebied is waarop verschillende deel-terreinen van het recht van toepassing zijn, vindt onderwijsrechtspleging plaats door veel verschillende (rechterlijke) instanties. Dat roept vragen op naar de wenselijkheid van onderscheiden rechtsgangen voor openbaar en bijzonder onderwijs, onderwijsrechtelijke specialisatie en constitutionele toetsing.

Verschillen tussen rechterlijke en andere instanties op het terrein van het onderwijsrecht zijn te verklaren door het verschil in context, discipline en competenties van waaruit de rechters oordelen, maar ook door een verschil in de wijzen van rechtsvinding. Laemers is gestart met een onderzoek naar onderwijsrechtspleging in laatstgenoemde technische zin. Aan de hand van enkele uitspraken laat zij zien dat de rechter de huidige, bijna honderd jaar oude tekst van artikel 23 Gw niet zonder meer toepast, maar er een bepaalde interpretatie aan geeft. Juist de mogelijkheid om ook onderwijswetgeving in te kleuren, maakt het voor rechters noodzakelijk om kennis te hebben van het onderwijsrecht.

Laemers pleit voor een profijtelijke wisselwerking tussen rechter en wetgever op onderwijsterrein. Een dergelijke wisselwerking is alleen zinvol te realiseren als van beide zijden met voldoende kennis van zaken duidelijke motiveringen worden geleverd. Onderwijsjuristen vervullen daarbij rechtstreeks of als intermediair een onmisbare rol.

ISBN/EAN 9789058508249



9 789058 508249

